

ΚΟΙΝΩΝΙΑ

44/Ι

2020

KOINONIA

Rivista dell'Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi

Comitato scientifico: Franco Amarelli (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Francesco Arcaria (Università degli Studi di Catania) – Bruno Bureau (Université de Lyon 3) – Jean-Michel Carrié (École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris) – Francesco Paolo Casavola (Università degli Studi di Napoli Federico II, Presidente emerito della Corte Costituzionale) – Donato Antonio Centola (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Fabrizio Conca (Università degli Studi di Milano) – Chiara Corbo (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Jean-Pierre Coriat (Université Panthéon-Assas Paris II) – Lellia Cracco Ruggini (Università degli Studi di Torino, Accademia dei Lincei) – Ugo Criscuolo (Università degli Studi di Napoli Federico II, *Direttore*) – Giovanni Cupaiuolo (Università degli Studi di Messina) – Lucio De Giovanni (Università degli Studi di Napoli Federico II, Presidente dell'Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi, *Condirettore*) – Lietta De Salvo (Università degli Studi di Messina) – Emilio Germino (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – Andrea Giardina (Scuola Normale Superiore di Pisa, Accademia dei Lincei) – Mario Lamagna (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Renzo Lambertini (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia) – Orazio Licandro (Università degli Studi di Catania) – Detlef Liebs (Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg i. Br.) – Juan Antonio López Férez (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid) – Arnaldo Marcone (Università degli Studi Roma Tre) – Grazia Maria Masselli (Università degli Studi di Foggia) – Giulio Massimilla (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Giuseppina Matino (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Daniela Milo (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Claudio Moreschini (Università degli Studi di Pisa) – Christian Nicolas (Université de Lyon 3) – Lidia Palumbo (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Laurent Pernot (Université de Strasbourg) – Teresa Piscitelli (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Stefano Pittaluga (Università degli Studi di Genova) – Giovanni Polara (Università degli Studi di Napoli Federico II, *Condirettore*) – Salvatore Puliatti (Università degli Studi di Parma) – Marcello Rotili (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – Helmut Seng (Goethe Universität, Frankfurt am Main) – Adriaan Johan Boudewijn Sirks (University of Oxford) – Marisa Squillante (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Luigi Tartaglia (Università degli Studi di Napoli L'Orientale) – Domenico Vera (Università degli Studi di Parma) – Nigel Guy Wilson (University of Oxford).

Comitato editoriale: Maria Consiglia Alvino – Maria Vittoria Bramante – Maria Carmen De Vita – Loredana Di Pinto – Alessio Guasco – Assunta Iovine – Emanuela Malafrente – Giulia Marconi – Aglaia McClintock – Giovanna Daniela Merola – Valerio Massimo Minale – Cristiano Minuto – Giuseppina Maria Oliviero Niglio – Francesco Pelliccio – Antonella Prenner.

Coordinamento di redazione: Daniela Milo (*Responsabile*).

Collaboratori: Valentina Caruso – Isabella D'Auria – Giuseppe Nardiello – Antonio Stefano Sembiante.

I lavori proposti per le *Note e discussioni* andranno inviati al seguente indirizzo: Redazione di Koinonia, Prof. Daniela Milo, Dipartimento di Studi Umanistici, Università degli Studi di Napoli Federico II - Via Porta di Massa, 1 - 80133 Napoli.

Referee. Prima della pubblicazione, tutti i saggi sono sottoposti a peer review obbligatoria da parte di due referee. Il referaggio è a doppio anonimato. Il giudizio del referee potrà essere a) positivo, b) positivo con indicazione di modifiche, c) negativo. In caso di due referaggi nettamente contrastanti, il testo verrà inviato ad un terzo referee.



ISTITUTO
BANCO
di NAPOLI
FONDAZIONE

ISSN 0393-2230

© 2020 SATURA EDITRICE S.R.L.
Via Giacinto Gigante, 204 - 80128 Napoli
tel. 081 5788625
sito web: www.saturaeditrice.it
e-mail: saturaeditrice@tin.it

Reg. Trib. Napoli n. 2595 del 22 ottobre 1975 - D. A. Centola, Direttore responsabile

RENZO LAMBERTINI

Gai. 2, 119-120: *bonorum possessio secundum tabulas e rescriptum Antonini.* In tema di *exceptio doli generalis* nel settore ereditario

1. Già dai primi decenni del I secolo a.C.¹, il pretore promette la *bonorum possessio secundum tabulas* a coloro che siano istituiti eredi in un testamento contrassegnato dai sigilli di sette testimoni:

Gai. 2, 119 (*pars prior*): *Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur [...]*².

Il *tamen*, qui con valenza più avversativa che concessiva³, si spiega perché nel paragrafo precedente (2, 118) Gaio avverte che la donna sottoposta a tutela può fare testamento soltanto con l'autorizzazione del tutore, *alioquin inutiliter iure civili testabitur*.

Benché – secondo l'angolo visuale, a *posteriori* logico ma non storico – delle *Istituzioni* di Giustiniano⁴, in dottrina si parli usualmente di testamento pretorio, con tale previsione il magistrato in realtà non crea una nuova forma testamentaria, ma accorda un immediato provvedimento possessorio circa il compendio ereditario a chi è scritto erede in un documento che del testamento librato presenta i caratteri materiali di minima, prescindendo a tal fine dalla verifica relativa all'effettivo compimento, per esempio, della *mancipatio familiae* e della *nuncupatio*. Nei sette testi, infatti, è facile riconoscere i cinque testimoni del rito librato più *familiae emptor* e *libripens*, e d'altro canto, quella di imprimere i sigilli sul filo di lino che avvolge le tavole – pur non prevista dal diritto civile⁵ – era prassi invalsa.⁶

¹ Per i testi ciceroniani *infra*, nota 9.

² Cfr. anche *Tit. Ulp.* 28, 6.

³ Infatti, l'esemplare traduzione di E. Nardi, *Istituzioni di diritto romano*, A, *Testi* 1, Milano 1973, p. 46, rende il *tamen* con «però».

⁴ *I.* 2, 10, 2. Ancora più sintomatica in tal senso la spiegazione di Teofilo, *par.* 2, 10, 2 (ed. J. H. A. Lokin-Roos Meijering - B. H. Stolte - N. van der Wal, Groningen 2010, p. 295): κατὰ γὰρ τὸ πραιτώριον δίκαιον οὐδεμία emancipation, τουτέστιν εἰκονικῆ πρᾶσις, ἐπράττετο (*iure enim praetorio nulla mancipatio, id est imaginaria venditio, fiebat*).

⁵ *I.* 2, 10, 2: [...] *sed septem testium signa sufficebant, cum iure civili signa testium non erant necessaria*. Arg. anche da Pap. (5 *resp.*) *frag. Berol.* 6, 20 (*FIRA* II, 440); P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963², p. 72 e nota 30.

Che il provvedimento pretorio non introduca una forma nuova né, tanto meno, intenda rendersi svalutativo circa i requisiti richiesti dal *ius civile* per fare testamento è dimostrato dal fatto che pressoché per l'intera età classica i testamenti pervenuti sono tutti librali, con indicazione dell'avvenuta *mancipatio familiae*⁷. Né vale l'obiezione tendente a identificare tale clausola mancipatoria in una sorta di finzione: anche ammettendolo, infatti, si tratterebbe pur sempre di testamenti *per aes et libram* fino a prova contraria, onde i termini della questione non sono destinati a cambiare⁸.

In origine – lo apprendiamo da Cicerone – le tavole con tali caratteristiche dovevano essere presentate al pretore, poi si è ritenuta sufficiente la prova della loro esistenza⁹.

Orbene, che cosa poteva succedere?

Era possibile che il testamento in base al quale era stata concessa la *bonorum possessio* fosse valido anche per il *ius civile*, sussistendone tutti i requisiti. In tal caso *nulla quaestio*: nessun successore agnatizio *ab intestato* poteva validamente avanzare pretese circa l'*hereditas*, cosa che del resto si sarebbe verificata anche indipendentemente dalla concessione della *bonorum possessio* agli eredi scritti.

⁶ Il giurista Pomponio, con parere confermato in *I. 2, 10, 5*, ammette che i testimoni possano sigillare anche tutti con lo stesso anello.

⁷ Cfr. per esempio i documenti presentati da L. Migliardi Zingale, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto. Silloge di documenti dal I al IV secolo d. C.*, Torino 1997³.

⁸ Si continua a seguire in proposito l'impostazione di V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1960¹⁴, pp. 523 ss., e M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I, *Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, pp. 191 ss., già peraltro pienamente accolta in R. Lambertini, «*Bonorum possessio secundum nuncupationem*», in *Labeo* 46, 2000, pp. 434 ss., ora in *A l'Europe du troisième millénaire. Mélanges off. à G. Gandolfi*, III, Milano 2004, in part. pp. 1512 ss. (ivi, p. 1494 nota 4, per altri scritti dell'Amelotti sul tema); cfr. anche in tal senso G. G. Archi, «*Testamentum civile testamentum praetorium*», in *Studi in on. di U. E. Paoli*, Firenze 1955, pp. 11 ss., ora in Id., *Scritti di diritto romano*, II, *Studi di diritto privato*, 2, Milano 1981, pp. 779 ss.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971², pp. 569 s.; e, assai di recente, G. Viarengo, «*Gli sviluppi della bonorum possessio del figlio emancipato dall'età di Cicerone a Salvio Giuliano*», in *Riv. Dir. Rom.* 18, 2018, pp. 5 ss.

⁹ Cfr. Cic., *Verr.* 2, 1, 45, 117; 2, 1, 44, 114; Lenel, *EP*³, § 149; Lambertini, «*Bonorum possessio*», cit., pp. 1498 ss.; Viarengo, «*Gli sviluppi*», cit., pp. 3 ss. In realtà l'interpretazione della clausola editale riferita da Cicerone nel primo dei due passi citati presenta non pochi problemi (*Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, etc.*), giacché non sono perspicui né il riferimento (invero un po' inquietante) alla *lex* che – almeno in base al tenore letterale – imporrebbe i sigilli, né il numero minimo dei medesimi parimenti necessario. Partendo dal testo dell'editto perpetuo che richiede sette sigilli, si ritiene in genere che i *signa* alludano, come per metonimia, a coloro che li imprimono, il cui numero di sette deriva dai cinque testimoni dell'atto librale più il *mancipio accipens* e il *libripens*, e che pertanto la *lex* sia quella delle XII tavole.

Poteva però capitare che il testamento in parola per diritto civile fosse invalido, perché, come si diceva, erano state preterite le formalità mancipatorie o la *nuncupatio*. Se non vi erano *heredes legitimi ab intestato* – *scilicet* che si querelavano – si ricadeva nel caso precedente:

Gai. 2, 119 (*pars secunda*): *et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem. Nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.*

Gaio esprime qui la regola canonica, ciò che è avvenuto per lungo tempo. Gli eredi istituiti nel testamento sul quale si fonda la *bonorum possessio*, che però è invalido per il *ius civile*, per esempio perché non ha avuto luogo la *mancipatio familiae* o il testatore non ha espresso la *nuncupatio*¹⁰, possono conservare il possesso se non ci siano agnati – come il *frater consanguineus*, lo zio paterno o il nipote da fratello – che avanzano pretese. Si vince *a contrariis* che in tale ultima evenienza la *bonorum possessio* è *sine re*, e gli eredi istituiti devono cedere il passo agli agnati.

Ma l'esposizione di Gaio sul punto non termina qui:

Gai. 2, 120: *Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur. Rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*

Dopo aver detto, nel paragrafo 119, che i *bonorum possessores secundum tabulas non iure factas* possono conservare il possesso dei beni ereditari (*poterunt [...] retinere hereditatem*) se non vi siano eredi a cui gli stessi spettino *iure legitimo*, ora Gaio, con un *ductus* espositivo non del tutto privo di singolarità, fornisce una precisazione che contraddice il tenore del precedente insegnamento.

È come se, per intenderci rapidamente, egli dicesse: «ma poi è proprio vero che, se agnati vi siano, essi prevalgono sugli eredi scritti?»; e conclude per la negativa, sulla base di un rescritto dell'imperatore Antonino Pio (138-161 d.C.), da ritenersi all'epoca vivente perché non ancora *divus Pius Antoninus*¹¹, che

¹⁰ L'*Idem iuris est* si spiega in base al già citato contenuto del paragrafo 2, 118, relativo al testamento della donna sottoposta a tutela.

¹¹ Cfr. anche Gai. 2, 126 (sul cui *infra*): [...] *sed nuper imperator Antoninus significavit [...]*, ove appare evidente la breve distanza temporale tra l'intervento del principe e la

riconosce agli istituiti eredi nelle tavole la possibilità di respingere l'*hereditatis petitio* degli agnati con l'eccezione di dolo, ovviamente *exceptio doli generalis* o *praesentis*¹².

Mi sentirei di aggiungere, con l'ovvia cautela del caso, che la 'virata' di cui si è detto presente nella prosa di Gaio sembra anche deporre per un breve lasso di tempo intercorso tra l'emissione del rescritto e la redazione del passo istituzionale corrispondente all'attuale paragrafo 2, 120.

Accogliendo la, peraltro più che plausibile, ricostruzione di David-Nelson, il medesimo concetto è espresso in altro luogo mutilo delle *Istituzioni* classiche.

Gai. 2, 149a: *Aliquando tamen, sicut supra quoque notavimus, etiam legitimis heredibus potiores scripti habentur, veluti si ideo non iure factum sit testamentum, quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit: <nam> cum adgnati petunt hereditatem, <per exceptionem doli mali> ex constitutione <imperatoris Antonini summo> veri <possunt>.*

In seguito all'intervento imperiale, la *bonorum possessio secundum tabulas* diventa dunque *cum re*¹³. Lo conferma, sia pure in forma meno lineare rispetto al dettato di Gaio un passo delle *Pauli Sententiae* restituito dalla *Collatio*:

redazione del citato luogo del manuale. Come è noto, l'imperatore è chiamato, per la prima e unica volta, *divus Pius Antoninus* in Gai. 2, 195, il che ha indotto a ritenere che la stesura delle *Istituzioni* abbia avuto inizio durante il regno di Antonino Pio e si sia conclusa sotto quello di Marco Aurelio. Sul punto R. Lambertini, *Avviamento allo studio testuale del diritto romano*, Torino 2015, pp. 77 s.

¹² In realtà, tale distinzione, fondata sul tenore edittole dell'*exceptio doli*, nei testi giuridici romani appare soltanto implicita: M. Talamanca, «La *bona fides* nei giuristi romani: *Leerformeln* e valori dell'ordinamento», in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti Conv. Int. di Studi in on. di A. Burdese, Padova - Venezia - Treviso, 14-16 giugno 2001), IV, Padova 2003, pp. 34 ss., ove, pur accettandola, ne vengono indicati anche i limiti; A. Burdese, «L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone», in Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, p. 95.

¹³ Nei due paragrafi successivi, Gaio, preventivando pure una trattazione specifica che non avrà luogo, pone il problema se il *rescriptum Antonini* possa presidiare anche la *bonorum possessio* concessa dal pretore sulla base di un testamento redatto dalla donna senza l'autorizzazione del tutore: Gai. 2, 121-122: *Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quia verbi gratia familiam non vendiderint aut nuncupationis verba locutae non sint; an autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, videbimus.* (122) *Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt, sed quae alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri; alioquin parentem et patronum sine auctoritate eius facto testamento non summo veri palam est.* Il carattere pressoché del tutto formale dell'*auctoritas* prestata sovente dai tutori diversi dai patroni e dagli ascendenti – la tutela legittima degli agnati sulle donne era stata abolita dalla *lex Claudia* del 44 d.C. (Gai. 1, 157) – è sottolineato in Gai. 1, 190. Sul passo cfr., diffusamente, R.

(Coll. 16, 3, 1 [PS. 4, 8, 1-2]): *Intestati dicuntur, qui testamentum facere non possunt, <vel iure non fecerunt cum possent> vel ipsi linum ut intestati decederent, abruperunt, vel quorum hereditas repudiata est, quibusve condicio defecerit, nisi iure praetorio <non iure> factum testamentum obiecta doli exceptione optinebit.*

Si tratta di un testo, che, nello stile delle *Sententiae*, staglia in modo netto regole precise di *ius receptum*¹⁴, e nel complesso si presenta chiaro e dal contenuto sostanzialmente classico. Interessa qui la frase finale *nisi-optinebit*, che allude all'*exceptio doli* opposta dal *bonorum possessor secundum tabulas* sulla base di un testamento invalido *iure civili* all'*hereditatis petitio* intentata dall'agnato del *de cuius*. Ovviamente il *nisi* con quel che segue si spiega in quanto ciò costituisce un'eccezione al dato precedentemente espresso per cui sono *intestati* coloro che hanno redatto un testamento *non iure*: in questo caso infatti gli autori di un atto di ultima volontà pur invalido *iure civili* non muoiono, ciò nonostante, *intestati*. Si tratta di un rilievo opportuno, il quale restringe la portata di una precedente affermazione, che altrimenti sarebbe risultata in parte imprecisa.

A questo punto sorge spontaneo un interrogativo: se prima del rescritto di Antonino Pio tale possesso del compendio ereditario abbia ricevuto talora difesa o se questa, tramite l'*exceptio doli*, dati soltanto dall'emanazione della norma ora ricordata.

La dottrina è del tutto concorde nel ritenere che sia stato l'intervento imperiale ricordato da Gaio a rendere *cum re* una *bonorum possessio* prima destinata a cedere di fronte alla domanda dell'erede civile *ab intestato*¹⁵.

Quadrato, «*Homini appellatio* e gerarchia dei sessi. D. 50, 16, 152 (Gai. 10 *ad l. Iul. et Pap.*)», in *Bull. Ist. Dir. Rom.* 94-95, 1991-1992, pp. 309 ss., ora in Id., *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, pp. 60 ss., propenso a riconoscere in quel rinvio (*an autem - videbimus*), pur rimasto inevaso, la disponibilità del giurista a una *benignior interpretatio* rispetto a quella corrente. Sulle promesse da parte dell'istituzionista di successive trattazioni destinate a rimanere senza esito cfr. F. Briguglio, «*Tantum de possessione quaeritur* [...] Gai. 2.95 e l'acquisto del possesso *per procuratorem*. Nuove indagini paleografiche sulla lacuna contenuta nel *folium* 86v del manoscritto veronese "Codex XV (13)"», in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano 2007, p. 116 nota 20.

¹⁴ Su tale carattere strutturale delle *Pauli Sententiae* si rinvia alla recente, ampia monografia di I. Ruggiero, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017.

¹⁵ G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, p. 97; P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni (Parte generale)* ([Roma 1930] rist. a cura di G. Bonfante - G. Crifò), Milano 1974, pp. 376 s.; Archi, «*Testamentum civile*», cit., p. 783; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma s.d. (1960), pp. 744 s.; Voci, *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1967², p. 134 e nota 92; II, cit., p. 74; L. Di Lella, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984, pp. 40 s.; Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 722 s.; G. Pugliese - F. Sitzia - L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991³, pp. 640, 680; K. P. Müller-Eiselt, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, Berlin 1982, pp. 169 ss.; M. J. Garcia Garrido, *Diritto privato romano* (ed it. a cura di M. Balzarini), Padova 1996², p. 526; Quadrato,

Di recente Giovanni Finazzi, pur non contestando in generale tale assunto, tende a ridimensionare la portata del *rescriptum Antonini*, ritenendo che «l'incidenza della fonte autoritativa sia stata, tutto sommato, abbastanza casuale», nel senso che la giurisprudenza, la quale secondo il citato studioso sarebbe approdata comunque, e magari non molto più tardi, a tale risultato, avrebbe giocato un ruolo primario generalizzando – nel contesto del *ius controversum* in cui il rescritto era destinato a inserirsi – un principio emerso per un caso particolare, e comportamento analogo, nel proprio ambito operativo, avrebbe tenuto il pretore nell'esercizio della propria *iurisdictio*. D'altronde l'autore rileva come rimanesse dubbia al tempo di Gaio l'applicabilità del rescritto al testamento posto in essere dalla donna *sine tutoris auctoritate*¹⁶, e come, per altra guisa, appaia essere rimasta *sine re* la *bonorum possessio secundum tabulas* accordata dal pretore agli eredi scritti in caso di testamento formalmente in regola ma successivamente divenuto *ruptum* o *irritum*, in tal caso nonostante il recupero dello stato di *sui iuris* da parte del testatore¹⁷.

Si tratta indubbiamente di considerazioni puntuali e meditate, che tuttavia, a mio credere, non sembrano in grado di limitare in modo sensibile la portata innovativa del rescritto, come emerge del resto da una piana interpretazione dei passi di Gaio, ove la norma imperiale – pur in linea con un *trend* di politica normativa da tempo perseguita – è vista come univoca fonte di una svolta.

Ovviamente su tale disamina gioca anche un ruolo non secondario il rapporto che l'interprete percepisce tra la *bonorum possessio secundum tabulas* concessa dal pretore e la prassi testamentaria. Chi, come chi scrive – ma anche come attestano le fonti documentali pervenuteci –, non attribuisce una valenza di rilievo alla concessione pretoria quanto alle effettive modalità di redazione del *testamentum* riscontrabili nella prassi, le quali non a caso continuano a essere rispettose della forma prescritta dal *ius civile*, è più portato a valorizzare l'impatto della pronuncia imperiale, che si inserisce in un'evenienza in fondo infrequente e che per ciò stesso si pone *de facto* come norma di carattere generale da allora in poi destinata a far testo. Peraltro, come ho già detto, che Gaio ad assai breve distanza cronologica dall'emanazione del rescritto ne intenda in tal senso la portata non mi sembra validamente contestabile.

«*Hominis appellatio...*», cit., pp. 61 s.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 1997¹¹, p. 459; A. M. Giomaro, «*Unde quidam putant* (Gai. 3.91): non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione concettuale di *contractus*», in *Studi in on. di R. Martini*, II, Milano 2009, p. 315; G. Camodeca, «Una *bonorum possessionis datio secundum tabulas* del pretore del 43 a. C. in una inedita Tab. Herc.», in *Carmina Iuris. Mélanges en l'honn. de M. Humbert*, Paris 2012, p. 33 e nota 24 (arg.); S. Puliatti, in A. Lovato - S. Puliatti - L. Solidoro, *Diritto privato romano*, Torino 2017², pp. 646, 651; Viarengo, «Gli sviluppi», cit., p. 14 e nota 62.

¹⁶ Vd. *supra*, nota 13.

¹⁷ Gai. 2, 147-149; cfr. G. Finazzi, *L'exceptio doli generalis nel diritto ereditario romano*, Padova 2006, pp. 43 ss. Le parole riportate testualmente si trovano a p. 46.

Tengo comunque a premettere che il punto in oggetto non condiziona in misura sensibile quanto si dirà in seguito, con riferimento specifico all'*exceptio doli* che interviene in questo frangente.

2. A proposito dell'*exceptio doli generalis* Mario Talamanca rileva come «un dato resti sicuro: attraverso l'*exceptio doli (praesentis)*, il pretore e, in definitiva, i giuristi fanno valere, usando dello schema operativo del *dolus (praesens)*, modelli di comportamento cui altrimenti il convenuto non si sarebbe potuto appellare, ed ottengono così la repressione delle condotte scorrette, e quindi contrarie alla *bona fides* oggettiva»¹⁸. Trattandone nel contesto dei diritti reali, Carlo Augusto Cannata scrive che essa «rappresenta uno strumento per sanzionare quello che nei diritti moderni siamo ormai abituati a denominare abuso del diritto», poiché «l'ordine giuridico non deve comunque permettere che un soggetto, operando in mala fede, possa danneggiare altri, con profitto proprio o altrui, o anche, al limite, senza profitto di alcuno»¹⁹. Tale *exceptio* non presuppone dunque, a differenza dell'*exceptio doli specialis* o *praeteriti*, artifici o raggiri tesi a indurre in errore la controparte o comunque un *consilium fraudis* al momento della conclusione del negozio, ma più genericamente, un comportamento scorretto, contrario a buona fede, nel momento in cui si esercita l'azione, o comunque in una fase cronologica successiva. Su tala falsariga, Luigi Labruna con sintesi assai efficace è portato ad affermare che «l'*exceptio doli generalis* è stata anche una via alla giustizia»²⁰.

Ciò premesso – e nella sostanza indiscutibile –, tale caratteristica comportamentale si presenta ovviamente con varianti, anche di rilievo, a seconda dei casi, tanto che il Finazzi, a proposito dell'*exceptio* nel settore ereditario, dopo aver premesso che era sufficiente che l'attore si comportasse in modo non corretto con riferimento alla buona fede oggettiva, è portato a concludere che anche la scorrettezza di tale atteggiamento è destinata talora a stemperarsi fino a toccare, in alcune evenienze 'estreme' quella di «una condotta (lievemente) colposa»²¹.

¹⁸ Talamanca, «La *bona fides*...», cit., pp. 37 s.

¹⁹ C. A. Cannata, «*Exceptio doli generalis* e diritti reali», in *L'eccezione di dolo generale*, cit., pp. 269 s.

²⁰ L. Labruna, «Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici», in *L'eccezione*, cit., p. 137. Per un'agile sintesi circa il rapporto tra *exceptio doli generalis* e principio di buona fede nelle codificazioni moderne cfr. L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II: *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2010², pp. 213 ss.

²¹ Cfr. Finazzi, «L'eccezione di dolo generale in ambito successorio», in *L'eccezione*, cit., p. 306; in un precedente luogo (p. 288) l'autore parla di «mancata ottemperanza al dovere di

In uno studio comparso pochi anni or sono Franciszek Longchamps de Bérier, trattando anch'egli dell'*exceptio doli* in ambito successorio, rileva come non sempre il rimedio in parola si ponesse come una reazione all'abuso del diritto. L'angolo visuale è in tal caso un poco diverso, in quanto, se può individuarsi un'ampia area comune a scorrettezza e abuso del diritto, è altrettanto vero, almeno a mio avviso, che non vi è corrispondenza biunivoca, nel senso che mentre l'abuso del diritto implica sempre un atteggiamento scorretto, non necessariamente vale la reciproca²².

correttezza, inteso in modo molto severo», e in entrambi i casi il riferimento è a *D. 32, 29, 3* (Lab. 2 post. a lav. epit.): *Si heres servo generaliter legato Stichum tradiderit <mancipaverit?> isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis: et hoc verum puto. Sed hoc amplius ait debere te, priusquam iudicium accipiatur, denunciare heredi: nam si aliter feceris, agenti ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio.* Sul testo cfr. di recente H. Ankum, «Problems concerning *laudatio auctoris* and *denuntiatio litis* made by the buyer in classical Roman law», in *Fundamina* 20, 1, 2014, p. 11 nota 66 (consultato in rete). Peraltro, anche qualora non sia ravvisabile un atteggiamento doloso da parte del legatario che non denuncia all'erede *ante litem contestatam* l'azione per l'evizione dello schiavo e, avvenuta la stessa, lo conviene con l'*actio ex testamento*, non sembra possa negarsi l'oggettiva scorrettezza di una tale condotta, che preclude all'*heres* un possibile intervento *ad adiuvandum*. Ma, poi, proprio per questo motivo il comportamento del legatario potrebbe talora colorarsi di mala fede: poiché egli è destinatario di un legato di cosa indicata soltanto nel genere, il servo Stico che riceve dall'onere, al quale spetta la scelta, non risulta magari di suo gradimento, onde non si cura di evitarne la perdita contando di ottenere al suo posto la stima in denaro.

²² F. Longchamps de Bérier, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino 2013, in part. pp. 115 ss. Cito in proposito *D. 37, 7, 8* (Pap. 11 resp.), che lo studioso considera alle pp. 116 s. e in cui ritiene emerga una funzione dell'*exceptio doli* come «chiaro segno di opposizione contro l'abuso delle facoltà» spettanti agli eredi. Questo il tenore del passo: *Pater nubenti filiae quasdam res praeter dotem dedit eamque in familia retinuit ac fratribus sub condicione, si dotem et cetera quae nubenti tradidit contulisset, coheredem adscripsit. cum filia se bonis abstinuisset, fratribus res non in dotem datas vindicantibus exceptionem doli placuit ob stare, quoniam pater filiam alterutrum habere voluit.* Alla figlia destinata a nozze il *pater familias* costituisce la dote, le consegna, mettendoglieli a disposizione, altri beni e trattiene la figlia stessa in potestà. Istituisce poi erede la figlia insieme con i fratelli di lei a condizione che compia la *collatio* della dote e degli altri beni. La donna però, fatti i propri calcoli, decide per l'*abstentio* e i fratelli a questo punto pretendono i beni diversi da quelli dotali assumendo evidentemente che erano di proprietà del padre e quindi spettano a loro. Papiniano decide che tale richiesta sia da respingersi con l'*exceptio doli*, poiché il padre diede alla donna la scelta, infatti l'istituzione in erede della stessa era condizionata: se intendeva partecipare come *heres* alla divisione dell'asse doveva compiere la *collatio*, ma non era obbligata a farlo e il comportamento della donna è del tutto conforme alla *voluntas testantis* (*pater filiam alterutrum habere voluit*). Il Longchamps de Bérier scrive che il giurista non contesta la legittimità della richiesta degli eredi – nel senso, sembra di capire, che i medesimi userebbero, sia pur male, di un diritto che a loro spetta –, il che però non mi sembra corrisponda al vero: la pretesa dei *fratres* è illegittima, perché quelle *res*, ancorché di proprietà del testatore in sua vita, ora spettano alla donna che ha rinunciato alla quota ereditaria come per legato disposto dal *de cuius*. Pertanto, a parte la difficoltà di inquadrare con precisione il concetto di abuso del

Proprio da quest'ultima considerazione si può a mio avviso prendere le mosse per valutare l'*exceptio doli* di cui parla Gaio in *Institutiones* 2, 20 e (molto probabilmente) 2, 149a. E ciò al fine di compiere un passo ulteriore, il quale consiste nello svincolare pressoché totalmente l'eccezione in parola dalla scorrettezza dell'attore.

In primo luogo induce a riflettere il ritardo con il quale tale *bonorum possessio* – quantunque verosimilmente primigenia²³ – è diventata *cum re*, posto che si è dovuto attendere la metà del II secolo dopo Cristo e, in aggiunta, un intervento del principe. Una tale mora appare ancora più significativa se si pensa che la saldezza della *bonorum possessio contra tabulas* accordata ai *liberi*, la quale è strettamente connessa a quella *sine tabulis* concessa ai medesimi, sembra essere stata, per esempio, assai precoce, tanto che in dottrina si è sostenuto, con valide ragioni, che la stessa si è posta già *ab origine* come una *bonorum possessio cum re*²⁴.

Ebbene, dove si può ravvisare la ragione del citato ritardo? A mio avviso essa, detto in breve, risiede nell'importanza che in un atto giuridico come il testamento, ritenuto, a sua volta, il più importante nella vita del *civis*²⁵, riveste tradizionalmente il dato formale prescritto dal diritto civile. Un dato formale che – lo si ripete – il pretore non ha inteso porre in non cale svalutandolo, e che infatti non a caso per lungo tempo si è posto in positivo come un presupposto ineludibile, in negativo come un ostacolo insormontabile.

Individuare la presunta scorrettezza del *legitimus heres* che esperisce la rivendica ereditaria nel mancato rispetto alla *voluntas testantis* è soluzione che non convince, e di cui infatti nelle fonti non c'è traccia²⁶. Proprio in virtù di quanto detto poco sopra, il testamento non è atto al quale si possa dare vita come si vuole, e il fatto che di fronte al vizio formale per lungo tempo i successibili agnati abbiano avuto partita vinta dimostra da diverso angolo visuale

diritto (che del resto lo studioso citato [p. 119] ritiene inafferrabile), non mi sembra che questo nella fattispecie sussista, sempre che non si reputi di individuare un abuso del diritto ogni volta che si avanza una pretesa infondata: c'è invece sicuramente, da parte dei fratelli, la scorrettezza che consiste nel voler ignorare la chiara volontà del testatore. Concordo peraltro con l'autore nell'escludere la presenza (anche) di un abuso del diritto nel passo di Gaio, 2, 120 di cui mi occupo in questa sede.

²³ Come si è visto era nota a Cicerone, il quale ne parla come di figura giuridica usitata: G. Scherillo, *La successione. Corso di diritto romano* (a cura di F. Gnoli), Bologna 1997, pp. 301 ss.

²⁴ Di Lella, *Formulae ficticiae*, cit., pp. 38 ss. Cfr. anche Viarengo, «Gli sviluppi», cit., p. 14 (ove a mio avviso *bonorum possessio ab intestato unde liberi* va corretto in *bonorum possessio secundum tabulas* [scil. *non iure factas*]).

²⁵ Celebre il, pur un po' iperbolico, «Roman horror of Intestacy» di Sir Henry Sumner Maine (*Ancient Law*, London 1861 [rist. Washington 2000], p. 131).

²⁶ Che peraltro in questo caso l'*exceptio doli* finisca con il favorire la volontà del *de cuius* è *in re ipsa*, ma si tratta di un profilo diverso. Aggiungo tuttavia che anche tale considerazione non compare nelle fonti (cfr. in tal senso Finazzi, *L'exceptio*, cit., p. 45).

l'assenza di scorrettezza di chi si vale di un rimedio tradizionalmente risultato efficace.

Certo, si potrà obiettare che, un po' come il diritto²⁷, anche la correttezza è ciò che in un determinato ambiente e in un determinato momento storico si considera tale – verrebbe da dire anche qui, con un aforisma sportivo assurdo a impensabili fortune, che «rigore è quando arbitro fischia»²⁸ –, ma è pure vero che la mancanza di buona fede oggettiva non può esulare del tutto dal comune sentire fino a diventare una mera astrazione assiomatica²⁹. E il lungo spazio di tempo del quale si è detto rimane, almeno a mio avviso, un dato eloquente sopra ogni altro.

3. A me sembra che alla base della pronuncia imperiale, più che il *favor* per la libertà delle forme testamentarie – che pure non nego ne risulti investito – stia una motivazione di politica normativa in chiave di euritmia sistematica.

È noto che la *bonorum possessio*, quali che siano state le ragioni sottese al suo emergere³⁰, è diventata in progresso di tempo il grande manifesto strutturale del sistema ereditario romano, tale da inglobare in sé lo schema civilistico: un sistema d'altro canto più fluido, in quanto tendenzialmente privo di cesure e compartimenti stagni³¹, ed è parimenti noto che all'epoca dell'imperatore Antonino Pio tale risultato era acquisito da gran tempo.

I tre grandi settori organici del sistema pretorio sono fondati, in quest'ordine, sulla presenza di un testamento (*Si tabulae testamenti extabunt non minus quam VII testium signis signatae*), ove la *bonorum possessio contra tabulas* precede

²⁷ Mutuo, sintetizzandola un poco, la definizione che ne dà A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 1997¹¹, p. 29 (cfr. anche Id., *Profilo del diritto romano*, Napoli 1994⁸, pp. 10 s.).

²⁸ Penso al recentissimo libro di A. Corbino, *'Rigore è quando arbitro fischia'. Il mito della legalità*, Napoli 2018; e anche, in ambito costituzionalistico, ad A. Vignudelli, «Rigore è quando l'arbitro fischia. Ovvero: (anche) con Pino monologo spesso», in *Lo Stato* 2, 2014, pp. 2011 ss.

²⁹ Valide considerazioni, in tema di condivisione di tali valori, in Finazzi, «L'eccezione», cit., p. 320. Concordo inoltre con lo stesso autore (*L'exceptio*, cit., p. 47) allorché nell'ipotesi di cui a Gai. 2, 120 riconosce una mancanza di correttezza da parte dell'agnato nell'esperire l'azione e giungere alla *litis contestatio* su una formula in cui il pretore, in seguito al *rescriptum Antonini*, ha inserito l'*exceptio doli* su richiesta del convenuto istituito erede, ma nel testo la mia valutazione relativa alla scorrettezza riguarda il (lungo) periodo anteriore al rescritto che ha impresso la svolta.

³⁰ Cfr. Voci, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 139. In argomento cfr. anche di recente Viarengo, «Gli sviluppi», cit., pp. 1 s.

³¹ Alludo all'operatività, pressoché costante, della c.d. *successio ordinum* e della c.d. *successio graduum* (inoperante, questa, entro la classe dei *legitimi*, ove il pretore segue le regole civilistiche, con esclusione quindi della *successio in locum* e delle *agnatae ultra consanguineorum gradum*).

la *bonorum possessio secundum tabulas*, e, in subordine, sulla mancanza di testamento (*Si tabulae testamenti nullae extabunt*), evenienza in cui ha luogo la *bonorum possessio sine tabulis* o *ab intestato*, con le classi – per gli ingenui – *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor*³².

A un simile organigramma è sottesa una *ratio* evidente. La delazione testamentaria è poziore rispetto a quella *ab intestato*, per cui si parte dall'eventuale presenza di un testamento.

Prima di contemplare l'attribuzione del possesso dei beni agli eredi scritti, si tratta tuttavia di escludere la possibilità di assegnare un possesso dei beni non in linea con le disposizioni del testatore, il quale ha in ipotesi preterito dei *liberi, in potestate* o emancipati³³. La *bonorum possessio contra tabulas*, che disattiva il testamento rendendo gli istituiti *heredes sine re*³⁴, viene dunque logicamente prima, in quanto incide sull'*an* del medesimo: il testamento sul piano oggettivo c'è, ma bisogna verificare se sia in grado di vivere.

Poi si passa a quella fondata sul tenore delle tavole (contrassegnate dai sette sigilli) e il possesso dei beni viene riservato agli eredi istituiti.

*Si tabulae testamenti nullae extabunt*³⁵, si fa luogo infine alla *bonorum possessio sine tabulis*, con i *liberi* (discendenti, *sui* e anche emancipati³⁶) che precedono i *legitimi* (agnati), i quali a loro volta precedono i parenti legati al *de cuius* dal mero vincolo di sangue. Viene infine la *successio* del coniuge posposta a quella di tutti i parenti.

Questo, molto in breve, il sistema dell'editto pretorio, e dell'editto perpetuo nella sua veste conclusiva³⁷.

³² Lenel, *EP*³, §§ 142, 149, 156, 157, 158, 161; Viarengo, «Gli sviluppi», cit., pp. 16 ss.

³³ Gai. 2, 135; anche per questi ultimi il pretore ordina che vengano istituiti eredi o diseredati, se maschi *nominatim*, se femmine anche eventualmente *inter ceteros*, in parziale analogia alla regola civilistica relativa ai *sui* (Gai. 2, 127-128). Cfr. Voci, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 651 e nota 26. Perspicuo in tal senso *D.* 37, 11, 2 *pr.* (Ulp. 41 *ad ed.*): *Aequissimum ordinem praetor secutus est: voluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum. expectandi igitur liberi erunt, quamdiu bonorum possessionem petere possunt: quod si tempus fuerit finitum aut ante decesserint vel repudiaverint vel ius petendae bonorum possessionem amiserint, tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos.*

³⁴ Gai. 2, 125 (*infra*, nota 29); *D.* 37, 4, 13 *pr.* (Iul. 23 *dig.*), sul quale cfr. Viarengo, «Gli sviluppi», cit., p. 18.

³⁵ *D.* 38, 6 (rubrica); *D.* 38, 6, 1, 2 (Ulp. 44 *ad ed.*): *Ita autem ab intestato potest competere bonorum possessio, si neque secundum tabulas neque contra tabulas bonorum possessio agnita sit; D.* 38, 6, 3 (Ulp. 8 *ad Sab.*): *Bonorum possessio potest peti ab intestato, si certum sit tabulas non extare septem testium signis signatas.*

³⁶ Purché sui *iuris* al momento della delazione.

³⁷ È arcinota la tesi del Guarino, prospettata per la prima volta nel 1949 e costantemente ribadita e difesa, la quale nega, ritenendola una sorta di leggenda postclassica, la, altrimenti in dottrina pacifica, codificazione dell'editto pretorio da parte di Salvio Giuliano su incarico

Restava tuttavia un caso in cui la *bonorum possessio secundum tabulas* doveva talora cedere di fronte alla pretesa degli appartenenti della classe *ab intestato unde legitimi*, ed è quella di cui si parla in questa sede. In tal caso non corrisponde al vero che *tabulae testamenti nullae extant*: le tavole infatti ci sono e sono pure *non minus quam VII testium signis signatae*, e la *bonorum possessio* fondata sulle stesse precede sì sulla carta quella che ne prescinde, ma ciò non sempre trova corrispondenza sostanziale nella pratica. Si tratta, lo si voglia o no, di un'anomalia. E proprio tale anomalia con l'intervento di Antonino Pio scompare: la precedenza edittale corrisponde alla precedenza sotto il profilo degli effetti³⁸.

Che il rescritto non si applichi eventualmente al caso del testamento redatto dalla donna senza l'autorizzazione del tutore *patronus* o *parens manumissor*³⁹ non sembra contraddire quanto esposto, poiché si tratta di un dato che attiene alla capacità richiesta in capo al testatore. È ovvio che non basta che tavole ci siano fisicamente e magari *obsignatae* anche da più di sette testi, giacché autore del testamento potrebbe essere stato un servo, un pazzo, un impubere, un dichiarato *intestabilis*, e in tal caso si sta parlando di nulla in senso letterale.

Discorso in buona parte analogo vale se il testamento sia *ruptum* per sopravvenienza di un postumo⁴⁰: se la *bonorum possessio secundum tabulas* in tal caso non tiene è perché sul piano concettuale si ricade nella successione contro il testamento, logicamente, come si è visto, anteriore.

dell'imperatore Adriano: tra gli scritti più recenti sul tema cfr. A. Guarino, «L'editto in casa Cupiello», in *Labeo* 36, 1990, pp. 50 ss., ora in Id., *Pagine di Diritto romano*, IV, Napoli 1994, pp. 356 ss.; Id., «L'esigenza giurisprudenziale della sintesi e la sua storia generale», in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontro di studio* (Atti, Napoli, gennaio-novembre 1996), Napoli 1998, pp. 27 s. Ai presenti fini tuttavia si tratta di una problematica inconferente, perché il Maestro napoletano concorda sul dato per cui in età adrianea l'editto pretorio aveva, per altre ragioni, acquisito una veste definitiva e lo si considerava sostanzialmente immutabile. D'altronde è significativo quanto si legge in C. 4, 26, 2 (*Impp. Severus et Antoninus*, a. 196): [...] *actionem nisi in id quod facere possit non dari perpetui edicti interpretatione declaratum est*, e il Guarino stesso (*L'editto*, cit., p. 361 nota 20) pur replicando a S. Serangeli, 'Abstenti', 'beneficium competentiae' e 'codificazione dell'editto', Ancona 1989 (in particolare pp. 79 ss.), a sostegno della propria teoria, ammette, con lo studioso citato, che tale *interpretatio perpetui edicti* è da ritenersi frutto di un intervento imperiale (*declaratum est* non si attaglia all'elaborazione dei giuristi).

³⁸ Sembra un po' troppo generale l'affermazione di Voci, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 183: «Dopo la costituzione di Antonino Pio, ci sono *heredes sine re*, ma non ci sono più *bonorum possessores* sostanzialmente *sine re*», ma, nella prosa incisiva dello studioso, rende bene l'idea della stabilizzazione della gerarchia successoria edittale dovuta al *rescriptum Antonini*.

³⁹ Gai. 2, 121-122: *supra* nota 13.

⁴⁰ Cfr. paragrafo precedente e nota 17.

Ciò su cui si focalizza l'attenzione è la presenza di un testamento con determinati caratteri formali – che peraltro non può comunque assorbire gli altri presupposti di validità dell'atto *mortis causa*⁴¹ – e in questo caso la regola espressa dall'editto perpetuo, assimilabile a una costituzione imperiale, conteneva in fondo una menda. Grave o non grave che fosse, era bene eliminarla, e non sembra un caso che, stante la premessa, a toglierla di mezzo sia stato proprio l'imperatore⁴².

⁴¹ Efficace sul punto La Pira, *La successione*, cit., p. 97.

⁴² Un altro intervento dell'imperatore di *Lanuvium* può accostarsi per taluni aspetti a quello di cui ci siamo finora occupati in chiave di coordinamento sistematico nel settore ereditario. Per il diritto civile il figlio in potestà va istituito erede o diseredato nominatamente: in caso di preterizione il testamento è inutile (Gai. 2, 123: *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur*). La preterizione della figlia e degli ulteriori discendenti invece non invalida il testamento, ma i preteriti si aggiungono agli eredi istituiti: se questi ultimi sono *heredes sui*, con una quota virile; se sono estranei, per la metà dell'asse. Così se per esempio sono stati scritti eredi tre figli e preterita una figlia, a quest'ultima tocca un quarto, come d'altronde avverrebbe se il padre fosse morto senza testamento; se invece gli istituiti sono estranei la donna prende la metà dell'asse. E ciò vale per gli ulteriori discendenti, siano essi maschi o femmine (Gai. 2, 124: *Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum, sed praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem ad crescunt, si sui heredes sint, in virilem, si extranei, in dimidiam. Id est si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo pro quarta parte fit heres, et ea ratione idem consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo ex dimidia parte fit heres. Quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus*). Nasce a questo punto una sorta di discrasia rispetto al diritto onorario, in quanto il pretore a tutti i *liberi* preteriti, maschi o femmine, promette la *bonorum possessio contra tabulas*, onde nel secondo esempio gli eredi estranei si trovano respinti dall'intero asse e ridotti così a *heredes sine re* (Gai. 2, 125: *Quid ergo est? licet eae secundum ea quae diximus scriptis heredibus dimidiam partem detrahant, tamen praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit, qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur et efficiuntur sine re heredes*). Ciò tuttavia – precisa Gaio – si è praticato fino a un recente rescritto di Antonino Pio – i rescritti, osserva V. Marotta, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1986, p. 20, sono la forma normativa prevalente dell'epoca antoniniana –, il quale ha posto in chiaro che con la *bonorum possessio contra tabulas* le figlie *in potestate* (alle quali l'*interpretatio* ha assimilato le emancipate) non devono conseguire di più di quanto otterrebbero in virtù del *ius ad crescendo*, pertanto in concorso con eredi scritti estranei toccherà loro la metà (Gai. 2, 126: *Et hoc iure utebatur, quasi nihil inter feminas et masculos interesset; sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suas non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure ad crescendo consequerentur. Quod in emancipatarum quoque persona observandum est, ut hae quoque, quod ad crescendo iure habiturae essent, si in potestate fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant*). Anche questo pertanto può dirsi un rilevante intervento di sistema: cfr. Voci, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 135 e nota 98, che sottolinea la «grande importanza» della riforma di Antonino Pio in tema di sistemazione della *bonorum possessio* posteriori alla redazione finale dell'editto.

Fino a che punto il carattere che si è ritenuto di riconoscere nell'*exceptio doli* di cui a Gai. 2, 120 si presenti, quanto meno nel settore ereditario, come eccezionale, implica con tutta evidenza una ricerca che travalica ampiamente il limiti di questo scritto (ed è ovvio che non alludo a quelli di natura editoriale destinati agli autori della presente raccolta).

Pertanto mi fermo qui, chiudendo con la dedica di queste poche pagine all'amico carissimo Lucio De Giovanni, con affetto e stima pari all'ammirazione.

ABSTRACT: Gai. 2, 120 informs us of an *exceptio doli (generalis)* granted by a rescript of emperor Antoninus Pius (138-161 A.D.) to the *bonorum possessor secundum tabulas non rite factas* against the *hereditatis petitio* of the *adgnatus* civil heir *ab intestato*. Therefore from this moment the cited *bonorum possessio* becomes *cum re*. It is normally said – and indeed it is well known – that the *exceptio doli generalis* presupposes a lack of correctitude, or of objective *bona fides*, on the part of the actor, but according to the author's view, it is not the case here. Here a lack of correct behaviour cannot be rationally attributed to the actor, for a long time prevailing. This seems rather an imperial provision aimed at changing the law and achieving a fully coherent system of the *bonorum possessio* in the final text of the *Edictum perpetuum*.

KEYWORDS: *exceptio doli generalis*; good faith; praetorian will; *bonorum possessio secundum tabulas*.